

Sygn. akt: KIO 1778/15

WYROK

z dnia 2 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia br. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Rzeszowie, Why Not FLY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie, Time 4 Travel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Bank Polski w Warszawie

przy udziale wykonawcy INWEN P. Ć., M. K., M. S. spółka jawna w Piastowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Rzeszowie, Why Not FLY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie, Time 4 Travel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez nich tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Narodowy Bank Polski w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Zapewnienie świadczenia usług dla potrzeb NBP w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych, kolejowych w ruchu krajowym i zagranicznym, miejsc noclegowych w kraju i za granicą oraz ubezpieczeń osobowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 13 maja 2015 r., poz. 2015/S 092-16578 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 17 sierpnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Rzeszowie, Why Not FLY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie, Time 4 Travel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z Postępowania;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TravelBank, pomimo, iż Wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę TravelBank, pomimo że jej treść nieodpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę TravelBank, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez zaoferowanie cen biletów lotniczych poniżej kosztów ich nabycia;
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechane odrzucenia oferty Wykonawcy Travel Bank, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7. ewentualne naruszenie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TravelBank do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo faktu, iż cena oferty Wykonawcy TravelBank nosi znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;
8. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji: odrzucenia oferty Wykonawcy TravelBank; wykluczenia Wykonawcy TravelBank; dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Bankowe Biuro Podróży Travel Bank spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień

publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego w tym zakresie została dokonana prawidłowo. Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1732/15, do którego to postępowania Zamawiający przekazał kopię dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na tej podstawie Izba ustaliła, że w odpowiedzi z dnia 8 czerwca 2015 r. na pytanie o brzmieniu „czy propozycja połączeń lotniczych (...) może być wyceniona na dwóch oddzielnych biletach, jeżeli takie rozwiązanie będzie bardziej ekonomiczne?”, Zamawiający wskazał, iż „propozycja połączeń lotniczych może być wyceniona na dwóch oddzielnych biletach, z zastrzeżeniem, że bilety będą wystawione na podróż w różnych kierunkach (bilet tam i bilet z powrotem)”

W dniu 7 sierpnia 2015 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt Prawa zamówień publicznych, z uzasadnieniem, iż jednoznacznie w wyjaśnieniach z dnia 8 czerwca 2015 r. określił, że „propozycje połączeń lotniczych mogą być wycenione na dwóch biletach, z zastrzeżeniem, że bilety będą wystawione na daną podróż w różnych kierunkach (bilet tam i bilet z powrotem)”. Odwołujący dla jednej relacji zaplanował podróż z wykorzystaniem trzech biletów (co nie było sporne).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, wobec brzmienia zacytowanej wyżej odpowiedzi z dnia 8 sierpnia 2015 r., trudno zrozumieć argumentację Odwołującego, że skoro dopuszczono użycie więcej, niż jednego biletu, a mianowicie jeden bilet „tam”, a drugi „z powrotem”, to można było zaoferować „3 albo 18” biletów. Stanowisko prezentowane w odwołaniu, że z cytowanej wyżej odpowiedzi należy wnioskować, iż „Ograniczenie, co do sposobu wystawienia biletów, jako bilet tam i bilet z powrotem dotyczy wyłącznie sytuacji wyceny połączenia na dwóch biletach” nie jest oparte na postanowieniach SIWZ wraz z odpowiedziami (wyjaśnieniami). Niezrozumiałe jest, dlaczego zdaniem Odwołującego, Zamawiający miałby wskazywać na wymóg odnośnie dwóch biletów – jednego „tam” drugiego „z powrotem” przy wykorzystaniu dwóch biletów, natomiast akceptował użycie więcej, niż dwóch biletów, i wówczas dopuszczał, że ilość biletów może być dowolna.

W ocenie Izby z przytoczonej wyżej odpowiedzi na pytanie wykonawcy, również biorąc pod uwagę pytanie zadane Zamawiającemu, jasno i jednoznacznie wynika, że Zamawiający wyraźnie oczekiwał jednego biletu do określonej destynacji, bez względu na ilość przesiadek, i drugiego w stronę powrotną. Równocześnie wykonawcy mieli dokonywać wyboru najbardziej ekonomicznej ceny i optymalnej (z możliwe niewielką ilością przesiadek i najkrótszą w czasie) trasy, jednak wymóg odnośnie dwóch biletów miał charakter bezwzględny. Cytowana wyżej odpowiedź na pytanie nie została zaskarżona w drodze środków ochrony prawnej, dlatego nie ma żadnego znaczenia, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, dlaczego postawił wymóg jednego biletu do określonej destynacji (pasażer w ten sposób zyskuje zdaniem Zamawiającego większą ochronę na wypadek opóźnienia lotu i konieczności przesiadki).

W konsekwencji, oferta Odwołującego, jako uwzględniająca łącznie trzy bilety na podróż tam i z powrotem do jednej destynacji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści SIWZ. Jakikolwiek dywagacje Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie o tym, że rzekomo intencją Zamawiającego nie był wymóg odnoszący się do pojęcia biletu w potocznym, przeciętnym rozumieniu, ale w rozumieniu „funkcjonalnym” nie znajdują żadnego oparcia w SIWZ. Odwołujący nie kwestionował, że przelot z przesiadką jest możliwy z wykorzystaniem jednego biletu; okoliczność, że przelot z wykorzystaniem jednego biletu jest droższy, niż przelot z wykorzystaniem dwóch biletów nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Trzeba również zauważyć, że wydruki rezerwacji należało dołączyć do oferty na potwierdzenie „sprawności organizacyjnej”, i nie oznacza to, że właśnie takie bilety Zamawiający będzie nabywać w trakcie trwania umowy. Wywody Odwołującego na rozprawie, że zakres umowy nie będzie tożsamy z przedmiotem świadczenia Izba zatem uznała za bezprzedmiotowe.

Ponieważ oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona, Izba nie badała zarzutu odnoszącego się do wykluczenia Odwołującego – rozstrzygnięcie w tym zakresie nie miało i będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Odnośnie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, niezgodną z SIWZ, oraz dotyczących wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił żadnego ze stawianych zarzutów. Co prawda Odwołujący składał wnioski dowodowe, ale takiego rodzaju, że żaden nie nadawał się do uwzględnienia.

Mianowicie Odwołujący:

1. Na rozprawie złożył plik dokumentów, przedstawiających fragmenty print screenów (zrzutów ekranu), co do których twierdził, że obrazują działanie systemu GDS. Jednak

z żadnego miejsca wydruku nie wynika źródło pochodzenia tych wydruków (z jakiego programu zostały wydrukowane), wyraźnie natomiast widać, że nie są to kompletne zrzuty ekranu, uwidoczniające całość obrazu. Trudno zatem ocenić, czy zawierają wszystkie informacje, zatem nie mogą stanowić wiarygodnego i przekonującego dowodu na to, że Przystępujący dokonywał manipulacji używanym przez siebie systemem rezerwacji.

2. Na rozprawie, w drugiej jej połowie Odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodów, co do których wnioski dowodowe sformułował w następujący sposób:

- 1) „W dniu 5 sierpnia 2015 r. zamawiający zwrócił się do właściciela systemu GDS, z którym współpracuje odwołujący o sprawdzenie czy jego rezerwacje zostały dokonane. Odwołujący wnosi o okazanie na rozprawie i przeprowadzenie dowodu z pism, które zamawiający powinien skierować do pozostałych wykonawców.” (podobny wniosek złożył w piśmie z dnia 27 sierpnia 2015 r., do akt sprawy)

Zamawiający wyjaśnił, że jedynie załączone do oferty Odwołującego wydruki rezerwacji nie zawierały dat, dlatego zwrócił się do operatora systemu GDS używanego przez Odwołującego z prośbą o wyjaśnienia. Do innych operatorów nie skierowano pism, bowiem inne rezerwacje załączone do pozostałych ofert zawierały wskazanie dat.

- 2) „Wnosi o odroczenie terminu rozprawy, ponieważ dopiero w czwartek uzyskał pełny dostęp do oferty Przystępującego.”

Odwołujący jednak nie uzasadnił, dlaczego odroczenie rozprawy jest konieczne, jakie okoliczności w związku z zarzutami rozpatrywanymi w odwołaniu należałoby wyjaśnić w oparciu o „dokumenty ujawnione w czwartek”. Dziwi też składanie takiego wniosku w drugiej połowie rozprawy, podczas gdy wcześniej, w toku rozprawy nie zgłaszano żadnych zastrzeżeń odnośnie nowoujawnionych dokumentów w ofercie Przystępującego.

- 3) „Wnosi o przeprowadzenie dowodu przez Izbę z wyjaśnień złożonych na wniosek Izby przez PLL LOT i Amadeus Polska Sp. z o.o. odnośnie rezerwacji dokonanych przez Przystępującego. Oświadcza, że samą taką możliwość posiada, jednak zajęłoby to zbyt dużo czasu, a na wniosek Izby zostanie udzielona odpowiedź szybciej.”

Odwołujący nie wyjaśnił, jaki związek z systemem rezerwacji ma PLL LOT. Sam oświadczył, że ma możliwość zwrócenia się do podmiotów trzecich. Nie wyjaśnił, w czym upatruje powód, że podmioty te „szybciej” odpowiedzą na wezwanie Izby, niż Odwołującego. Niezależnie od powyższego, w aktach postępowania znajduje się pismo z dnia 20 sierpnia 2015 r. operatora systemu GDS Amadeus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dowód nr 8 załączony do pisma Przystępującego złożonego na rozprawie) potwierdzające okoliczności, zgodnie z wnioskiem

dowodowym Odwołującego, tj. „odnośnie rezerwacji dokonanych przez Przystępującego”.

Konkludując, Izba nie znalazła podstaw, aby uwzględnić którykolwiek z wniosków dowodowych Odwołującego.

Dlatego Izba w zakresie zarzutów odnoszących się do Przystępującego mogła się oprzeć wyłącznie na stanowiskach Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, oraz niezakwestionowanych przez Odwołującego dowodach załączonych przez Przystępującego do pisma złożonego na rozprawie, w szczególności na dowodzie oznaczonym numerem 8. W piśmie tym operator potwierdził, że założono rezerwacje zgodnie z symbolami rezerwacji podanymi przez Przystępującego w ofercie. Na tej podstawie Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut podania w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji ani niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut rażąco niskiej ceny. W odwołaniu Odwołujący wskazywał, że należy badać cenę każdego połączenia osobno, i wskazywał na dwa połączenia, co do których w rezerwacjach Przystępującego podano niską cenę. Jednocześnie wskazywał na połączenia, w których cena w ofercie Przystępującego była bardzo wysoka, wyższa, niż w pozostałych ofertach. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał przesłanek, które pozwalałyby na powzięcie wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego i w konsekwencji spowodowały wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie.

W SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny: cenę oferty należy przedstawić w formie cen jednostkowych opłat transakcyjnych dla każdego z pięciu rodzajów transakcji objętych przedmiotem zamówienia (rozdział XV ust. 1 SIWZ). Kryteria oceny ofert określono następująco: cena usługi - 60%, cena biletów przykładowych połączeń lotniczych - 30%, czas przykładowych podróży - 10% (rozdział XVI ust. 2 SIWZ). Wydaje się, że w tym przypadku cena oferty to cena wykonania usługi, a pozostałe kryteria są kryteriami pozacenowymi, mimo że jedno z nich stanowi wartość pieniężną.

Odwołujący nie wyjaśnił, jak niektóre z cen w ofercie Przystępującego przekładają się na ostateczną cenę oferty Przystępującego tak, że można podjąć wątpliwości co do jej wysokości.

Oдноśnie okoliczności, że w toku rozprawy Przystępujący przyznał, że niska cena jednego połączenia wynika z błędu systemu rezerwacji (załączył wydruki korespondencji mailowej z operatorem systemu, których to wydruków Odwołujący nie kwestionował, przeciwnie, sam się na nie powoływał), Izba stwierdziła, że nie ma to wpływu na rozstrzygnięcie odwołania. Wykonawcy do oferty mieli załączyć wydruki przykładowych rezerwacji, zgodnie z wytycznymi SIWZ. Przystępujący takie wydruki załączył, czego Odwołujący skutecznie nie zakwestionował. Rezerwacja z niską ceną była rzeczywistą rezerwacją, i to nie Przystępujący ten błąd wywołał. Odwołujący nie wykazywał, że z takiej

rezerwacji nie można byłoby skorzystać. Stąd Izba nie dopatrzyła się żadnych konsekwencji dla rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....